

souffre la personne. Certes, le médecin n'a pas provoqué le handicap, puisque celui-ci est dû à l'infection de la mère; mais il a provoqué, par ses erreurs de diagnostic et ses manquements d'informations, une naissance d'handicapé. Si cette naissance constitue un dommage, il existe aussi un lien de causalité.

La réponse affirmative s'impose aussi, selon la théorie plus moderne, mais pas dominante, qui cherche le lien de causalité dans le but poursuivi par la règle qui établit la responsabilité eu égard aux biens que cette règle vise à protéger. Il existe, d'après cette théorie, un lien de causalité, si le dommage subi par la personne appartient à ceux que la règle violée veut éviter. S'agissant de responsabilité contractuelle, on tient compte du but poursuivi par les parties contractantes. Ici, les parties voulaient éviter une naissance d'handicapé. Or, par le comportement du médecin, ce dommage a eu lieu. Le lien de causalité existe.

#### 4 En guise de conclusion

Le fait que le législateur français s'est pressé pour faire face au problème<sup>82</sup> montre que le cas soumis à la Cour de Cassation est difficilement maîtrisable par la jurisprudence. C'est pourquoi le point de vue exprimé ci-dessus est, par la nature même des choses, aléatoire.

#### *Dutch case note*

---

C.J.J.M. STOLKER ET M.P. SOMBROEK-VAN DOORM\*

#### Une existence illegitime aux pays-bas

##### 1 Introduction

La jurisprudence française est très en avance sur la jurisprudence néerlandaise. En France, la Cour de Cassation a déjà rendu plusieurs arrêts, notamment dans le cadre de l'affaire *Perruche*, tant sur une demande de réparation du préjudice subi par les parents ("*wrongful birth*") que sur une demande d'indemnisation du préjudice d'un enfant né handicapé ("*wrongful life*").<sup>83</sup> Ces arrêts sont remarquables. Pas tellement en ce qui concerne l'action en *wrongful birth* qui a été admise il y a quelques années

---

<sup>82</sup> Voir Alain SÉRIAUX, «Jurisprudence Perruche: une proposition de la loi ambiguë», *Le Dalloz*, 2002, pp 579-580.

\* Carel Stolker et Mirjam Sombroek sont respectivement professeur-directeur et directrice-adjointe de l'Institut de Recherche en Science juridique E.M. Meijers (E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek) de l'Université de Leyde aux Pays-Bas. La thèse de doctorat de Stolker (1988) portait sur l'action en *wrongful birth*. Madame Sombroek prépare une thèse de doctorat sur le secret professionnel médical.

<sup>83</sup> Les termes *wrongful birth* et *wrongful life* sont passés dans la langue aux Pays-Bas. C'est pourquoi nous les utilisons ici.

aux Pays-Bas également.<sup>84</sup> Les arrêts rendus en France sont remarquables dans la mesure où il est question de wrongful life. La France occupe une position assez unique en admettant la réparation du préjudice subi par l'enfant bien que la portée en soit limitée dans les affaires en question. Cependant, le législateur français a interdit ce type d'action en justice, sur les instances (i.a.) des organisations syndicales des handicapés.<sup>85</sup>

Aux Pays-Bas, la première action en wrongful life remonte à 1996. Il s'agissait d'une fillette qui se prévalait d'un préjudice du fait de sa naissance. Les parents de la petite Kelly de Leyde âgée de deux ans ont assigné l'Hôpital Universitaire de Leyde (Academisch Ziekenhuis Leiden). Ils reprochent à l'hôpital la naissance de leur fille. A sa naissance, leur fille était atteinte d'un grave handicap physique et mental, ce qui aurait pu être évité de l'avis des parents si une amniocentèse ou une ponction du placenta avait été pratiquée en cours de grossesse. Ces examens auraient permis de détecter une anomalie génétique rare chez l'enfant, ce qui aurait conduit les parents à recourir à l'avortement.

Cette affaire est toujours en appel. Le Tribunal de La Haye a accordé une indemnisation substantielle aux parents pour leur demande de réparation du préjudice qu'ils avaient subi (*wrongful birth*).<sup>86</sup> Toutefois, le tribunal craint, plutôt pour des raisons techniques que de principe, la reconnaissance de l'action en wrongful life. La procédure en appel n'est pas encore terminée sauf pour ce qui est de la procédure de cassation. L'analyse de la situation aux Pays-Bas est par conséquent dans une large mesure une analyse de la doctrine juridique (juristes) et de notre point de vue par rapport à cette doctrine.

D'autres pays connaissaient l'action en wrongful life avant les Pays-Bas déjà. Une enfant a exigé du médecin une indemnisation de tous les dommages qu'elle avait subis des suites d'une rubéole. La Bundesgerichtshof allemande a rejeté sa demande dans un arrêt détaillé et motivé. La considération suivante est importante dans le jugement:

“... daß in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt die Grenzen erreicht und überschritten sind, innerhalb derer eine rechtliche Anspruchsregelung tragbar ist.”<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> Cour de Cassation 21 février 1997, *Jurisprudence néerlandaise* 1999, 145. Carel Stolker et Christa Tobler à propos de cet arrêt, Cour de Cassation 21 février 1997, *Jurisprudence néerlandaise* 1999, 145. – “Wrongful birth”; Kosten für Unterhalt und Betreuung eines Kindes als Schaden – zum Entscheid des niederländischen Hoge Raad vom 21. Februar 1997, *Aktuelle Juristische Praxis (Zwitzerland)* 1997, 1145-1156.

<sup>85</sup> L. no. 2002-303, 4 mars 20002.

<sup>86</sup> Tribunal de La Haye, *Jurisprudence néerlandaise* 2000, 54.

<sup>87</sup> BGH 18 janvier 1983, *Juristenzeitung* 1983, p 450.

A-t-on atteint ici, avec l'action en wrongful life, les limites du droit de la responsabilité? Aussi particulière puisse paraître cette action en justice à première vue, il ne peut s'agir néanmoins d'une nouvelle condition de la responsabilité du type faute, dommages et causalité, étant donné ces limites de la responsabilité. Se prévaloir uniquement des limites de la responsabilité pour éviter la responsabilité ne peut être déterminant toutefois. On devrait suivre les règles, en l'occurrence les règles découlant de la dogmatique du droit de la responsabilité et du droit de l'indemnisation.<sup>88</sup>

Le problème réside probablement ailleurs. Le débat devant le juge entre le docteur et (les parents de) l'enfant aura un ton désagréable aux yeux des non-juristes. L'avocat de l'enfant devra fonder sa demande de réparation sur l'allégation qu'il aurait été préférable pour l'enfant de ne pas naître. Mais il ne s'agit pas bien entendu d'une demande d'indemnisation de substitution pour un suicide. Il s'agit du souhait de l'enfant d'être capable de vivre sans souci, tout au moins sur le plan financier, jusqu'à la fin de ses jours. Il convient de noter que la plupart des *juristes* (aux Pays-Bas et dans d'autres pays) préconisent l'octroi de l'indemnisation tandis que la *jurisprudence*, à l'exception de la France, y est pratiquement toujours opposée.<sup>89</sup> Néanmoins, les avis divergent aussi en France. Le Conseil consultatif national d'éthique de France formulait, dans un rapport en date du 29 mai 2001, de sérieuses objections éthiques à l'encontre de telles actions:

“La vie constitue le bien essentiel de tout être humain, nul n'est recevable à demander une indemnisation du fait de sa naissance.”<sup>90</sup>

## 2 Types d'actions

Le terme wrongful life englobe divers types de cas très différents les uns des autres. Il s'agit toujours cependant de la demande de réparation du préjudice subi par l'enfant handicapé. Nous citons un certain nombre de cas ci-après: mauvais suivi médical de la mère avant la conception; conseil génétique erroné avant ou pendant la grossesse, mauvaise stérilisation d'un patient qui avait pour but précisément de prévenir la naissance d'un enfant handicapé, mauvaise prescription de médicaments en cours de grossesse et autres négligences pendant la grossesse.

En Amérique, l'action en wrongful life est considérée comme la *frontier of medical malpractice litigation*. Sa grande popularité s'explique en grande partie par l'essor rapide du marché du “genetic counseling”: la majorité des jugements rendus

---

<sup>88</sup> C.J.J.M. STOLKER, ‘Wrongful life, The Limits of Liability and Beyond’, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1994, pages 82 à 100.

<sup>89</sup> Voir C.J.J.M. STOLKER et David I. LEVINE, *Une existence illégitime aux Pays-Bas* (Een onrechtmatig bestaan in Nederland, Aansprakelijkheid & Verzekering 1997, pp 38 à 45 (de la version néerlandaise).

<sup>90</sup> Extrait du “rapport” de l’avocat-général M. Blondet préalable aux arrêts de la Cour de Cassation, p 11 et suivantes.

en Amérique concernent des conseils génétiques défaillants. Mais aussi populaire cette action soit-elle, nous pouvons d'ores et déjà affirmer, sur la base de ce qui suit, qu'elle n'aboutit que très rarement.

En revanche, l'action en réparation du préjudice de la mère (action en *wrongful birth*) est presque toujours admise. En fait, la situation est la même depuis des années: le juge rejette la demande d'indemnisation tandis que les juristes cherchent constamment des moyens de faire évoluer la jurisprudence.

Certaines actions en *wrongful life* sont plus faciles à juger que d'autres. Un médecin qui administre un mauvais médicament à une femme enceinte et cause ainsi des dommages à l'enfant avant sa naissance est directement responsable vis-à-vis de l'enfant. Il a causé des lésions à l'enfant à l'instar d'un automobiliste imprudent qui renverse une femme enceinte et blesse l'enfant. Il commet directement un acte illicite à l'encontre de l'enfant sain qui n'a pas encore vu le jour. Par conséquent, il ne s'agit pas en fait d'une action en *wrongful life*.

La situation est beaucoup plus complexe lorsqu'il s'agit de mauvais conseils génétiques ou de cas de rubéole. Il n'est pas question de lésions causées à un enfant *sain*. Ce qu'on reproche au médecin dans ces cas est d'avoir privé les parents à tort de la possibilité de recourir à un avortement ou, dans le cas d'un conseil génétique défaillant avant la conception, d'avoir enlevé aux parents la possibilité de ne pas avoir d'enfants. Il s'agit de cas beaucoup plus compliqués qui font l'objet essentiel de notre article.

### 3 Droit à être avorté?

L'allégation de l'enfant est la suivante: "Vous auriez dû en tant que praticien offrir à ma mère la possibilité de se faire avorter quand elle était enceinte de moi. Ma vie ne vaut pas la peine d'être vécue; mieux vaut ne pas vivre que de mener une telle vie." Ces paroles rappellent celles de Job lorsque Dieu le soumit à l'épreuve de la tentation du diable: "Périsse le jour qui me vit naître ... ce jour-là, qu'il soit ténèbres" (Job 3: 3-4).

Nous avons déjà dit précédemment qu'il ne s'agissait pas d'une demande d'"exécution" (une demande d'euthanasie) pour le compte de l'enfant mais d'une demande d'*indemnisation*. La dogmatique du droit de la responsabilité contraint l'enfant à contester son existence. La question est de savoir si le praticien a violé un devoir juridique *envers l'enfant*. Il semble ressortir de la conclusion de Me Blondet préalable aux arrêts traités dans le présent article que cette question ne se pose pas en France.<sup>91</sup> Par contre, la Bundesgerichtshof répond par la négative à cette question dans l'affaire susmentionnée. Aucun acte illicite n'a été commis envers l'enfant, il n'existe aucun devoir juridique écrit ou non écrit d'avorter les enfants handicapés. Il ne découle pas non plus pour l'enfant de droit à l'avortement du contrat formé entre la mère et le praticien,

---

<sup>91</sup> Rapport, p 8.

“weil das geltende Recht der Mutter die rechtfertigende Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch ausdrücklich nur in ihrem eigenen Interesse gewährt.”<sup>92</sup>

Dans cette optique, le droit à l’avortement est reconnu uniquement à la mère, pas à l’enfant. L’auteur néerlandais Schoordijk s’était déjà interrogé sur le pourquoi de la chose. La mère n’est-elle pas précisément, écrivait-il, la personne la mieux placée pour peser les chances de survie de son enfant dans l’intérêt de celui-ci comme elle le voit et d’en tirer les conclusions dans l’intérêt de l’enfant (ce sur quoi chacun peut avoir un avis différent mais sur ce quoi la mère peut porter un jugement)? “L’enfant ne peut-il pas se “rallier” à la conclusion de la mère?”<sup>93</sup> Schoordijk laisse la question ouverte mais cite encore le commentateur allemand Deutsch qui décrit l’arrêt de la Bundesgerichtshof comme “eine paternalistische Beschränkung des Schutzbereichs auf die Eltern erscheint seltsam altertümlich”.<sup>94</sup>

Reste encore à savoir comment l’enfant peut se rallier à cette conclusion d’un point de vue technique et juridique? Il n’existe pas de règle de droit écrite ou non écrite en vertu de laquelle le médecin serait tenu de pratiquer l’avortement si l’enfant était atteint d’un handicap. Ceci est clair. Mais dans les affaires de wrongful life, d’autres éléments entrent en ligne de compte: il y a un *contrat* entre la femme et le médecin que l’hôpital n’a pas exécuté comme il se doit ou bien – à défaut de contrat – un acte illicite a été commis, par exemple, en ne proposant pas de test génétique. Les parents demandent que ce genre de test soit effectué avant de prendre la décision d’avoir ou non des enfants. La demande des parents n’est pas abstraite (“je voudrais connaître mes gènes”) mais elle poursuit un objectif concret: éviter de mettre au monde un enfant handicapé.

Nous touchons ici à la question de la relativité, selon le droit civil néerlandais une condition indépendante pour établir la responsabilité. L’étendue de la protection doit être définie pour toute norme sociale. Non seulement il faut déterminer à quels *chefs de préjudice* s’étend la norme mais aussi à quelles *personnes*. Il s’agit en tous cas de la mère. Mais s’agit-il aussi de l’enfant? Il n’y a pas de raison que non. Le médecin viole aussi un devoir juridique envers l’enfant (non-exécution d’une obligation) étant donné qu’il devait tenir compte de la présence ou venue au monde de ce dernier (et de son intérêt comme le voit la mère parce que la mère le consulte spécifiquement sur sa descendance ou encore parce qu’il est tenu d’informer la mère de son propre chef dans les cas de rubéole, par exemple.

---

<sup>92</sup> BGH, ouvrage cité, p 450.

<sup>93</sup> H.C.F. SCHOORDIJK, *Met het oog op het belang van het kind* (Rood-de Boer-bundel) 1988, p 133 et 134.

<sup>94</sup> E. DEUTSCH, Anmerkung, Juristenzeitung 1983, p 451.

#### 4 Le problème du préjudice

Si l'on suppose que le médecin est responsable *vis-à-vis de l'enfant*, il convient de se demander quel est le préjudice subi par l'enfant. La réponse à cette question semble simple à première vue. Il s'agit de tous les dommages résultant du handicap: frais médicaux, adaptation de la maison, perte de revenus, préjudice moral, etc.... On compare la situation de l'enfant handicapé à celle d'un enfant sain comme il est courant de comparer deux situations pour déterminer l'ampleur des dommages. Il doit s'agir d'un changement négatif, d'une "diminution"; où le "point de référence" est toujours la situation sans transgression de la norme.

Dans le cas d'une action en wrongful life, nous nous heurtons à un problème particulier. Sans transgression de la norme (information correcte sur la rubéole, conseil génétique correct), l'enfant n'aurait pas existé. Peut-être un enfant en pleine santé serait-il né, mais cela aurait été un autre enfant, par exemple, suite à la décision des parents d'avoir un deuxième enfant – en bonne santé peut-être cette fois – après l'avortement du "fœtus handicapé". Mais l'enfant handicapé, qui est au centre de l'intérêt de cet article, ne serait jamais né (en bonne santé). Ce n'est pas le praticien qui était la cause du handicap mais l'anomalie génétique ou la rubéole. Le seul reproche qui peut être fait au médecin est de n'avoir pu éviter la venue au monde de l'enfant. Deux questions étroitement liées se posent ici.

D'une part, le juge ne pose-t-il pas de jugement de valeur sur la vie d'une personne handicapée en utilisant le terme "diminution" (en tant qu'élément du préjudice)? Les juges américains qui ont statué sur l'action en wrongful life notamment ont, semble-t-il, rencontré beaucoup de difficultés à ce niveau-là. Mais toute la question est de savoir si ce raisonnement est pertinent. On peut très bien soutenir qu'une telle décision de justice ne porte en aucun cas de jugement sur la valeur de la vie mais que dans l'action en wrongful life, l'enfant est obligé par les règles du jeu à confronter vie handicapée et inexistence.<sup>95</sup> Ce n'est pas l'enfant qui constitue le préjudice mais les conséquences financières de son handicap.

Le deuxième problème semble beaucoup plus sérieux. En supposant que l'on puisse parler de "diminution", comme élément du préjudice, il reste encore à *fixer* ces dommages. Pour pouvoir établir les dommages, il faut comparer vie handicapée et inexistence. Ainsi la seule alternative à la vie handicapée de la Hollandaise Kelly mais aussi des enfants français Jessica, Pierrick et Thomas était la non venue au monde.

La difficulté réside dans le fait qu'on ne peut comparer vie handicapée et vie en bonne santé dans les affaires de wrongful life puisque cette dernière alternative n'a jamais existé pour l'enfant. Il faut donc comparer vie *handicapée* et *non-existence*. Mais comment apprécier la non-vie, l'inexistence? Quel est dans ce cas le point de référence? Le problème est que l'enfant ne dispose pas d'une base solide à l'instar du baron de Münchhausen qui était tombé dans un marécage au cours d'une randonnée

---

<sup>95</sup> STOLKER, ouvrage cité 1994, p 529.

à cheval. Il se serait tiré d'affaire en se tirant par la perruque et on l'admire encore pour cela. Ne faut-il pas dès lors rejeter la demande de réparation du préjudice de l'enfant? D'un autre côté, on peut se demander si ce problème – l'impossibilité de fixer les dommages – n'est pas un argument trop formaliste que pour débouter l'enfant de sa demande ou de la demande introduite en son nom? Elle endure des souffrances tous les jours. Si le médecin n'avait pas commis d'erreur, elle n'aurait jamais souffert et elle s'entend dire malgré tout que son action en justice est mal fondée. "Oh! s'il était possible de peser ma douleur, et si toutes mes calamités étaient sur la balance", avait encore dit Job, "elles seraient plus pesantes que le sable de la mer". Et pourtant pas d'indemnisation du préjudice subi? N'y a-t-il pas là matière à réflexion?

En Angleterre, la Law Commission s'est également demandée si en rejetant une action en wrongful life elle ne faisait pas trop peser les "considerations of logic":

"Law is an artefact and, if social justice requires that there should be a remedy given for a wrong, then logic should not stand in the way."<sup>96</sup>

Comme cela a déjà été dit, les juges *américains* ont presque toujours rejeté les actions en wrongful life. Dans certains cas seulement, le jugement a été prononcé en faveur de l'enfant. Pour la majorité des jugements, la demande de réparation du préjudice subi par l'enfant a été refusée. Parfois parce que selon l'appréciation du juge, il n'était pas question d'un "legally cognizable wrong"; parfois, cela a déjà été mentionné, parce qu'une décision favorable à l'enfant aurait pu être perçue comme une atteinte à la dignité des personnes handicapées; et enfin – c'est la question traitée à présent – parce qu'il n'est pas possible de comparer vie handicapée et vie en pleine santé. Comment parler de la "non-existence", "the utter void of non-existence?"<sup>97</sup> Comment savoir si l'inexistence est "préférable" à la vie handicapée ou si la pire des vies est préférable à la meilleure des morts? De nombreux jugements américains soulignent qu'il s'agit de beaucoup plus que d'une difficulté d'établissement des dommages: l'"imprecision of damages" est donc une raison insuffisante de rejeter la demande de réparation du préjudice de l'enfant.<sup>98</sup>

Il en est uniquement autrement si le handicap de l'enfant avait pu évoluer favorablement avec l'aide d'un bon suivi médical. Cet avenir semble d'ailleurs être de plus en plus proche maintenant que les possibilités ne cessent de croître dans le domaine de la manipulation génétique, par exemple. Mais dans la mesure où il n'en

---

<sup>96</sup> The Law Commission (Law/Com no. 60 (Cmnd. 5709)) Report on Injuries to Unborn Children, 1974, p 34. La commission rejette finalement l'action en justice par crainte de voir augmenter le nombre d'avortements.

<sup>97</sup> Gleitman contre Cosgrove, 227 A2d 689 (p 692), rubéole, la première action en wrongful life.

<sup>98</sup> Exemple: Turpin contre Sortini, 643 P2d 954 (Cal. 1982).

est pas question, la demande d'indemnisation – tout au moins vue sous cet angle<sup>99</sup> – devrait être rejetée et le législateur pourrait éventuellement intervenir. Notons qu'après les réactions provoquées en France par l'affaire *Perruche*, le législateur français a interdit ce type d'action en justice. Ceci peut expliquer les restrictions des trois arrêts en question dans le cadre de l'affaire *Perruche*. Nous ne comprenons d'ailleurs pas bien le bien-fondé de ces restrictions.<sup>100</sup>

## 5 Conclusions

La Cour de Cassation française a rendu un arrêt courageux dans l'affaire *Perruche* (ainsi que dans les trois affaires en question). Il s'agit d'une des demandes en réparation d'un préjudice les plus exceptionnelles que le droit de la responsabilité connaisse: "je n'aurais pas dû naître". L'importance de l'arrêt de la Cour de cassation française diminue, puisque le législateur français a interdit ce type d'action en justice.<sup>101</sup>

On assiste à un curieux contraste: la littérature juridique, aux Pays-Bas et dans d'autres pays, plaide avant tout en faveur de l'allocation de l'indemnisation. Les obstacles dogmatiques sont contournés par des "considérations normatives". Devant le juge, les choses sont tout à fait différentes. Selon nos observations, l'action en justice n'est admise que dans trois Etats américains; la jurisprudence récente déboute toujours les plaignants de leur demande. Le juge français fait donc exception. En rejetant la demande de réparation dans l'affaire Kelly, son collègue néerlandais se rangerait dans le camp de ses nombreux confrères qui, dans bon nombre de pays, refusent ce type d'action en justice. Si la demande était rejetée, l'intervention du législateur pourrait être nécessaire afin de trouver un nouvel équilibre pour ces cas.

Plus on réfléchit à l'action en wrongful life, plus on démythifie la question, telle est notre expérience. L'enfant malchanceux clame-t-il réellement qu'il n'aurait pas dû voir le jour? Ou bien est-ce plutôt la réalité juridique du droit de la responsabilité dans laquelle cela doit s'inscrire? Plus on réfléchit à la question, ce que fait le premier auteur de cet article depuis les années quatre-vingt, plus on est favorable à l'arrêt français rendu dans l'affaire *Perruche*: il y a faute médicale, il y a préjudice grave causé à un enfant et il y a un lien de causalité entre cette faute et le préjudice. Et enfin, il y a un juge réfléchi apte à évaluer de manière raisonnable l'ampleur des dommages. En d'autres mots, les adversaires de l'action en wrongful life ne dramatisent-ils pas trop son impact juridique et éthique?

---

<sup>99</sup> Le premier auteur de cet article a aussi adhéré à ce point vue et est depuis lors plus favorable à ce type d'action en justice.

<sup>100</sup> Voir également la note de J. Hauser dans la Revue trimestrielle de droit civil, octobre-décembre 2001, no. 4, pp 850-852.

<sup>101</sup> L. no. 2002-303, 4 mars 2002.